الفضالة في وسائل استغلال واستثمار المنتجات الفكرية بين الموروث الديني والتطبيق الاقتصادي المعاصر

الحلقة (١)

حسام علي عبد الله
ماجستير في الفقه الإسلامي وأصوله

دراسة فقهية اقتصادية لنازلة مستجدة، يستلهم الباحث فيها إرث الفقهاء القدامى وموروثهم الديني ويستنير بجهود وإبداعات الفقهاء المعاصرين، ويتصور فيها أبعاد وإسقاطات التطبيقات الاقتصادية التي اقتضتها الحداثة والمدنية وضروراتها

تمهيد:

لاشك أن المصنفات العلمية والأدبية هي ثمارٌ يانعة تتدلى من أفنان دوحة الفكر الإنساني، وليس هذا وحسب بل هي مهبط لأسرار المؤلفين والمصنفين ومرآة لشخصياتهمتتلاقىوتتلاقح فيهاالأفكار، وبين سطورها تنضوي أفانين الإبداع والابتكار.

ولما كانت تلك المصنفات نتاج جَهدٍ ومكابدة ذهنية وعقلية ومصابرة جسدية ونفسية، كان استغلال تلك المصنفات المُبتكرة دون إذن أصحابها، واستيفاء منافعها دون وجه حق أشد أنواع الضيم والأذى والإجحاف الذي يتعرض له مبتكروها. فكيف تصفوا مشارب الحياة لمبتكرٍ يرى مصنفة قد تناولته يد الاستغلال والاستحواذ والابتزاز دون وجه حق؟ وهو الذي عاش مع أفكار ذلك المصنف لحظةً بلحظة حتى أصبحت جزءاً لا يتجزأ من فكره، وهو الذي قتلها درساً وتحليلاً ومناقشة وتأصيلاً ثم أفرغها وصبها في وعائها المادي (الكتاب).

وبين هذا وذاك وفي ظل اختلاطات وتعقيدات الحياة المدنية الحديثة، وتصارع الرغبات بين جشع الناشرين وطمع الموزعين وتداخل العقود والشروط وشذوذات تطبيقها على صعيد الواقع بين الناشرين والمصنفين، ترفع باسم ذلك النزاعات،وتقام الدعاوى تلو الدعاوى أمام القضاء يدَّعي فيها أصحاب المصنفات هضم حقوقهم، والافتئات على أموالهم، والتحايل على إبداعاتهم وابتكاراتهم، والمقصد من ذلك كله هو تحصيل الأرباح الطائلة التي تنجم عن استثمار مصنف يلقى رواجاً في سوق الناشرين. كل ذلك وهم غير آبهين بمخالفتهم للعقود والعهود، أو التفلت من التزامات تمليها الشريعة أو القانون أو الأخلاق. فإذا رأيتهم تعجبك أقوالهم: ما فعلنا ذلك إلا ليعم النفع بهذا المصنف الذي طبع دون إذن صاحبه ونشر ووزع في الخافقين، وتحصيلاً لمصلحة عاجلة لصاحب الحق (المؤلف) وفعلاً للبر والخير والإحسان. والحق أن ما قالوه هو كما يقول الدكتور وهبة الزحيلي: مجرد تحايل شيطاني على حقوق الناسدون إذنٍ منهم وذريعة فاسدة ولولا قصد المتاجرة والربح المادي المنتظر لما أقدموا على الطبع أو التصوير[١].

وبالنظر إلى ما سبق فإن الشريعة الإسلامية تنظر إلى تصرفات الناشرين في حقوق المؤلفين (المادية) بدون إذنٍ منهمعلى أنها تصرفات فضولية مع الأخذ بعين الاعتبار أن الفضالة استثناءٌ عن الأصل الذي تقرره الشريعة وهو أن يكون تصرف الإنسان في شؤون نفسه بنفسه أصالة. فهذا الاستثناء لم تتركه الشريعة على عواهنه بل جعلت له قواعد ومحددات واستوحت من نظائر الفقه وأشباهه ضوابط ترقى بهذا التصرف إلى أن يكون عقداً منضبطاً كسائر عقود المعاملات يُلجأ إليه عندما تقتضي الضرورة ذلك. وبالتالي فإذا استكملت الفضالة شروط العقد وأركانه كانت عقداً صحيحاً موقوفاً يصنف على أنه أحد أنواع العقود الثلاثة (الصحيح – الموقوف- الباطل) التي تعترف بها الشريعة.

الفضالة في الحقوق الأدبية من النوازل الفقهية

يصنف الحق الأدبي على أنه من النوازل الفقهية المستحدثة التي انبرى الفقهاء المعاصرون لدراستها حتى غدت ساحة لقراع الأقلام والأفكار تأصيلاً وتقعيداً وتصنيفاً تحت ترتيب بعينة من رتب الحقوق، وهذا دليل استيعاب الفقه الإسلامي للمستجدات والنوازل. لكن ماذا لو انبثقت عن هذه النازلة المستجدة نازلة أخرى رُكِّبَتْ عليها اقتضتها الحياة الاقتصادية والمادية؟ يطلق الباحث اسم الفضالة في (عقد النشر) وهيإحدى وسائل استغلال واستثمار المنتجات الفكرية موضوع هذا المقال – فإن تكيفها الفقهي سيكون أكثر تعقيداً وتوصيفها أصعب تقعيداً.وهذا ما حدا بالباحث إلى تشمير ساعد الجد واستنهاض الهمة وبنات الرشد (الأفكار)، واستنفار الملكة الفقهية والإجْلابِ بخيل الاجتهاد ورَجْلِ الاستنباط عَلَّهُ يُبَرِّحُ ببراهين الحق مراد الله في هذه الأحكام، ولعله بهذا يضيف فكرة ربما غابت أو يسدد رمية ربما حادت عما يصوب إليه الفقهاء رميهم لاستجلاء حكم الله في هذه النازلة الفقهية المركبة والله الموفق والهادي إلى الرشاد.

خطة البحث

١. التسميات التي أطلقت على الحق الأدبي ودلالة تلك التسميات.
٢. التكييف الفقهي للعلاقة التعاقدية بين الناشر والمؤلف.
٣. صور وحالات الفضالة في وسائل استغلال واستثمار المنتجات الفكرية (عقد النشر).

التسميات التي أطلقت على الحق الأدبي ودلالة تلك التسميات

أطلق الفقهاء على هذا المصطلح تسميات متعددة ومتنوعةتدل على مدى تباين واختلاف رؤية العلماء في توصيف طبيعة هذا الحق ذي الصبغة المستجدة المستحدثة.

وفيما يلي عرض موجز لأهم تلك الإطلاقات:

- حق الابتكار: وهي تسمية أطلقها الدكتور فتحي الدرينياعتباراً بمنشأ هذا الحق وهو الذهن أي: الصورة الفكرية التي تفتقت عنها الملكة الراسخة في نفس العالم أو الأديب مما يكون قد أبدعه ولم يسبقه إليه أحد[٢].
- الملكة الفكرية أو الملكة الذهنية: باعتبار أنها نوع ملكية يرد على نتاج فكري أو قيمة معنوية[٣].
- حق المؤلف: على اعتبار أنه مجموع امتيازات يحصل عليها المؤلف تُقوم بالمال وتحدد به المنافع والأرباح التي تنجم عن نشر المصنفات الأدبية واستثمارها[٤].
- حق الإنتاج العلمي: تعتبر هذه التسمية هي أكثر التسميات وضوحاً وأوسعها مضموناً لاشتمالها على كل إنتاج مصدره العلم النظري أو العملي[٥].
- الحق المعنوي: انطلاقاً من كونه حقاً غير مادي، ولأنه مصطلحٌ واسع يدخل فيه جميع الحقوق غير المادية، ومنها الحق الأدبي.

ويرى الباحث أن تسمية (حق الابتكار) أولى بالترجيح عما سواه،لأن هذه التسمية وما تشتمله من معنىيتسع لجميع أنواع الحقوق الأدبية وعلى رأسها حق المؤلف في استغلال مصنفه (الحق المادي). وهذا ما ذهب إلى ترجيحه كلٌ من الدكتور الدريني والزرقا رحمه الله. في حين أن الدكتور علي محي الدين القرهداغي اعترض على إطلاق هذه التسمية معللاً ذلك: بأنها أخص من المطلوب، فلا يدخل في هذا المصطلح إلا ما كان فيه إبداع وابتكار في حين أن هذا الحق يتمتع به كل مؤلف وإن لم يكن في عمله ابتكار[٦].

التكييف الفقهي للعلاقة التعاقدية بين الناشر والمؤلف

الكلام في هذه الفقرة سيكون عن أمرين هما على الترتيب التالي:

١. تعريف النشر والتوزيع.
٢. التكييف الفقهي للعلاقة التعاقدية بين الناشر والمؤلف.

أولاً:تعريف النشر والتوزيع.

- تعريف النشر لغة واصطلاحاً:
- النشر لغةً:مأخوذ من الفعل نَشَرَ، وهو فتح الشيء وتشعبه، أو من البسط[٧] وهذا معناه عند أرباب المعاجم اللغوية القديمة، أما عند أصحاب المعاجم الحديثة فمعناه: إذاعة الكتاب والصحيفة والمقال وتفريقه بين الناس ليعلموه[٨].
- النشر اصطلاحاً:ذكر الفقهاء المعاصرون تعريفات عدة للنشر اصطلاحاً لكن هذه التعاريف لا تخلو من مآخذ تخل باعتبارها تعاريف جامعة مانعة لا تتوافق مع القواعد الفنية للتعاريف وسنتناول بعضا منها.

١. التعريف الأول: طبع الكتب والصحف وبيعها[٩].
٢. التعريف الثاني: إذاعة أمرٍ على الناس بأسلوب يحقق العلم به.
٣. التعريف الثالث: وضع نسخ من الكتاب في متناول الجمهور لغرض البيع عادةً[١٠].

التعريف الأول: يؤخذ عليه أنمؤلفو المعجم الوسيط زادوا عليه كلمة (محدثة) عقب ذكر هذا التعريف بين قوسين مما يدل على أنَّ هذا التعريف عصري،وعلى الرغم من هذا إلا أنه غير دقيق، لأنه يعرف النشر ببعض مراحله فقط وهو الطبع والبيع، والنشر ليس كذلك،كما لم يشمل كل طرق النشر الأخرى كالنشر الالكتروني والسمعي والمرئي.

التعريف الثاني: يؤخذ عليه أنَّه عام يُدخِل في النشر ما كان إلقاءً على الناس أو إخباراً، ولو كان شفهياً، وهذا يخالف الواقع الذي تقوم عليه حقيقة النشر المكتوب أو المسموع أو المرئي.

التعريف الثالث: يؤخذ عليه أنَّه ساوى بين العرض بقوله (وضع نسخ من الكتاب) والنشر ومعلوم أنَّه ثمة اختلاف بين النشر والعرض عند أهل الاختصاص.

وبالتالي يقترح الباحث تعريفاً للنشر يمكن القول أنه يتلافى السلبيات التي تضمنتها التعاريف السابقة، ويتحلى بالايجابيات فيكون تعريف النشر اصطلاحاً هو: ((العملية التي يتم بها إذاعة المؤلَّف على الناس بعرض نسخ منه – لغرض البيع عادةً – بوسيلة من الوسائل المناسبة)).

- تعريف التوزيع لغة واصطلاحاً:
- التوزيع لغةً: مأخوذ من القسمة، والتفريق[١١]. وهذا عند أرباب المعاجم اللغوية القديمة. أما عند المعاصرين من أهل اللغة فمعناه: التفريق على القراء بالبيع أو الاشتراك[١٢].
- التوزيع اصطلاحاً: فقد عرفه الفقهاء المعاصرون التوزيع بتعاريف عدة لا تخلو من مآخذنا، منها ما يلي:

١. التعريف الأول:عرض نسخ من الكتاب على عامة الجمهور أو أية مجموعة منهابالوسائل التجارية المناسبة في الغالب[١٣].

ويؤخذ عليه:حصر التوزيع بالكتب المؤلفة خاصة مع أن التوزيع يشمل بقية أنواع التأليف الأخرى.

- التعريف الثاني:عرض نسخ من المصنف على عامة الجمهور، أو أية مجموعة منه بواسطة الوسائل التجارية المنابة في الغالب.

يتميز هذا التعريف بأنه استبدل كلمة (كتاب) بكلمة (مصنف) وهو أكثر إيجابية من التعريف الأول.

بينما يرى الباحث أن تعريف التوزيع اصطلاحاً هو: ((عملية يتم بها تفريق المصنف على الناس بعرض نسخ منه بالوسائل التجارية المناسبة)).

فهذا التعريف حسب رأي الباحث يتحلى بالإيجابيات التي اشتملت عليها التعاريف السابقة ويتلافى السلبيات.لكن وبما أنّ عملية النشر تستلزم أن يتبعها عملية التوزيع فالنشر والتوزيع عمليتان متلازمتان ومتكاملتان لا تستغني إحداهما عن الأخرى،ولأجل ذلك يرى الباحث ضرورة دمج التعريفين معاً حتى يكمل كلٌّ منهما الآخر. فيظهر تعريف النشر والتوزيع اصطلاحاً كتعريف واحد هو: اتفاق ملزم بين المؤلف (صاحب الحق الأدبي) وطرف آخر يسمَّى (الناشر) يلتزم الأخير بموجبه بطباعة المصنف ونسخه وإذاعته على الجمهور.

ثانيا:التكييف الفقهي للعلاقة التعاقدية بين الناشر والمؤلف.

باستقراء مجمل صور وحالات التعاقد بين المؤلف والناشر التي تحصل اليوم في مجال النشر والتوزيع في حدود ما تيسر للباحث الاطلاع عليه- فإن العلاقة التعاقدية بين الناشر والمؤلف لا تخرج عن أربع تكييفات فقهية هي (البيع – الاجازة – الوكالة – المضاربة).لكن الباحث لم يتناول بالتفصيل كل هذه التكييفات الفقهية لضيق المقام، بل اقتصر على بعضها أوأكثرها وقوعاً وشهرةً روماً للاختصار، وبالتالي فإنإجمال العلاقة التعاقدية وفق هذا التكييف الفقهي يمكن تصورها من خلال ما يلي:

- الوجه الأول: بين الناشر والمؤلف.
- عقد إجارة: إذ يقوم المؤلف (المؤجر) بتأجير (منافع) مؤلّفه (النسخة الأولى من المصنف الأدبي) العلمية المقدرة في هذا المصنف- والتي لا يمكن استيفاؤها وتسليمها وتسلمها إلا بوعائها المادي (الكتاب) فيكون الكتاب قد حلَّ محل هذه لمنافع في إمكانية استيفاؤها والانتفاع بها – لمدة معينة بأجر معين.
وتكون المنفعة المتعاقد عليها في عقد الإجارة إما ببيان عدد النسخ التي ستطبع، أو المدة التي يحتاجها الناشر لنشر الكتاب وتوزيعه [١٤].
- عقد وكالة: المؤَلِّف (الموكل) يقومبتوكيل الناشر (الوكيل) وهو الموزع بنفس الوقت. باستيفاء (محل الوكالة) وهو حصة المؤلف من ثمن مبيع (نسبة مئوية متفق عليها بموجب عقد النشر) النسخ المطبوعة من الكتاب بعد صدور الطبعة المتفق عليها.

يقول الدكتور محمد الشنقيطي في هذا الخصوص: إذا تقرر أن حق المؤلف يصح الاعتياض عنه فإنه – أي المؤلف – إذا دفع الكتاب للطابع (الناشر) فإنه يكون قد وكله في استيفاء العوض من المستفيدين (المشترين للمصنف). ويحق للمؤلف باعتباره موكلاً أن يحدد عدد النسخ التي يأذن بطبعها، وهو بذلك يحدد مقدار المنفعة التي يأذن بها لغيره [١٥].

- الوجه الثاني: بين الناشر والمنتفعين (المشترين لهذا المصنف).
- عقد بيع: فالعلاقة بين الطرفين(الناشر والمشترين لهذا المصنف) تكيف على أنها عقد بيع، وهو الغرض الأهم من نشر وتوزيع المصنف بين الناس بالوسائل المناسبة، إذ يمثل بيع النسخ المتفق عليها بموجب عقد النشر معاوضة تعود على صاحب الحق الأدبي (المؤلف) بالمنفعة المادية لقاء إبداعه، كما تعود على الناشر بأجوره وأتعابه. إذ يقوم البائع وهو الناشر (الموزع بنفس الوقت) ببيع النسخ المتفق عليها بموجب عقد النشر(محل التعاقد) إلى المشترين وهم القراء المنتفعون بما في هذا الكتاب من إبداع وجهد ذهني مبتكر بثمن يحدد بالاتفاق بين الناشر والمؤلف (صاحب الحق الأدبي).
- صورة التعاقد بين الناشر والمؤلف التي تحمل التكييفات الفقهية السابقة:

يقوم المؤلف بتقديم مصنفه الذي بذل في تأليفه وابتكاره جهداً فكرياً وذهنياً مبتكراً إلى الناشر (الموزع بنفس الوقت) ليقوم بطبعه ونشره وتوزيعه بالوسائل المناسبة، وذلك بأن يبيع المؤلف حقوق نشر هذا المصنف للناشر مؤقتاً (بمدة زمنية محددة كسنة مثلاً أو لطبعة واحدة محدودة العدد من النسخ كألف نسخة مثلاً أو بهما معاً)،وذلك مقابل عوضٍ مادي معلوم يقدمه الناشر للمؤلف وفق الشرط الذي يتفقان عليه بموجب عقد النشر وهو نسبة مئوية من ثمن كل نسخة تباع من هذا المصنف[١٦] .

يلحظ من هذه الصورة من التعاقد عدة أمور ينبغي توضيحها وهي:

١. أن التعاقد في هذه الصورة حصل بلفظ البيع: لكن البيع كان محدداً بزمن معين (سنة مثلاً أو لطبعة محددة النسخ) ثم تعود ملكية حق النشر المباعة من قبل المؤلف إليه بعد سنة،فبالنظر إلى هذا التوقيت فإن هذا البيع يُكيف على أنه بيع منافع مؤقت في الظاهر (وهو حقيقة عقد إجارة عند الفقهاءعلى اعتبار أن الإجارة عندهم هي بيع المنافع [١٧] أو عقد معاوضة على تمليك منفعة بعوض [١٨]. بدليل أن المؤلف رفع يده عن حق النشر جزئياً أي مؤقتاً لمدة محددة (وهذا دليل الإجارة) المحددة بزمن، ولو كان بيعاً حقيقياً لكان المؤلف قد رفع يده عن حق النشر كلياً وانتقل المبيع إلى ذمة الناشر، وانتقل الثمن إلى ذمة المؤلف. وهو آية البيع وهذا لميحصلهنا.
٢. هل وقع عقد البيع (الإجارة حقيقة) على أصل الحق الأدبي أم وقع على الوعاء المادي (الكتاب الذي هو النسخة الأولى من المصنف) التي أفرغ فيها المؤلف جهده الذهني المبتكر.

يرى الباحث أن العقد في هذه الصورة لم يقع على أصل الحق الأدبي للمؤلف المتضمن نسبة المصنف إليه والسمعة الأدبية الناجمة عنه أو غير ذلك، بل كان من المفروض أن يقع العقد على المنافع العلمية المقدرة في هذا الكتاب، لكن لما كانت تلك المنافع لا يمكن استيفاؤها والعقد عليها كونها ذات طبيعة معنوية حلَّ محلها الوعاء المادي (الكتاب) الذي أفرغ فيه المؤلف نتاج فكره وذهنه.

يقول الفقهاء المعاصرون بهذا الخصوص: في هذا الحال ينصرف البيع إلى الكيان المادي المحسوس الذي وقع عليه العقد أي المادة التي أفرغ فيها الإنتاج المحسوس من كتاب ونحوه [١٩] .

ويقول الدكتور البوطي: لا بدَّ أن يكون عقد الشراء – شراء حقوق النشر – بين المؤلف والناشر واقعاً على وعاء مادي يتمثل في النسخة المخطوطة التي يتقدم بها المؤلف – على أن يصحب ذلك اشتراط رفع المؤلف يده عن حقه جزئياً أي إلى أمد محدد [٢٠].

٣. إن هذه الصورة التعاقدية تتضمن اجتماع أكثر من عقد وهذا ما يطلق عليه(اجتماع العقود المالية المركبة).

- تعريف العقود المالية المركبة: هي مجموع العقود المالية التي يشتمل عليها العقد على سبيل الجمع أو التقابل، بحيث تعتبر جميع الحقوق والالتزامات المترتبة عليها بمثابة آثار العقد الواحد [٢١].

وبمقارنة الرابطة التعاقدية بين المؤلف والناشر مع تعريف العقود المالية المركبة ينتج لدى الباحث أن عقد النشر يتضمن أكثر من عقد، وهذه العقود المالية المركبة السابقة الذكر هي(الإجارة – الوكالة – البيع) مرتبطة فيما بينها بحيث تكون كالعقد الواحد. وهذا ما يطلق عليه العلماءاسم العقود المجتمعة [٢٢] .

- أسباب لجوء كل من المؤلف والناشر للتركيب بين هذه العقود:

١. تقليل المخاطر المحتملة فيما لو طبع المؤلف كتابه عند ناشر معين، ثمَّ وكل موزعاً أخر بتوزيعه فهذا أمرٌ تعتريه المخاطر فكان في نظر الطرفين أن يكون الناشر هو الموزع بنفس الوقت، ويكون وكيلاً عن المؤلف في استيفاء حقه (النسبة المئوية المتفق عليها من ثمن النسخ المباعة).

٢. ترويج وتسويق هذا المصنف ونشر منفعته تقتضي تركيب مثل هذه العقود المالية مما يقلل الكلفة على الطرفين.

٣. إن اجتماع عقدي الوكالة والإجارة في عقد النشر يحقق مصلحة للطرفين لا تتحقق فيما لو انفصلت تلك العقود عن بعضها، أو استقلت بنفسها [٢٣]،وهذا يعني أن لاجتماع العقود تأثيراً مغايراً لتأثير الانفراد، أو للاجتماع تأثيراً زائداً لا يوجد مع الافتراق [٢٤].

- المآخذ التي تؤخذ على اجتماع عقد إجارة (عقد معاوضة) مع عقد الوكالة (عقد تبرع):

يؤخذ على اجتماع هذين العقدين (الإجارة والوكالة) في عقد النشر أن هذا الاجتماع يتنافى مع ضوابط اجتماع العقود المالية المركبة من حيث أن الفقهاء قرروا أنه لا يجوز اجتماع عقد معاوضة مع عقد تبرع .معللّين عدم جواز هذا الجمع بأن التبرع (في الوكالة) إنما كان لأجل المعاوضة في (الإجارة) وليس تبرعاً مطلقاً، فيصير جزءاً من العوض.

فقد جاء في القواعد النورانية الفقهية لابن تيمية بهذا الخصوص: فجماع معنى الحديث (أي: - نهى رسول الله أن يجمع بين سلف وبيع)- ألا يجمع بين معاوضة وتبرع لأن ذلك التبرع إنما كان لأجل المعاوضة، لا تبرعاً مطلقاً فيصير جزءاً من العوض، فإن اتفقنا على أنه ليس بعوض جمعا بين أمرين متنافيين [٢٥].

يجاب عن هذا المأخذ: من خلال ما أورده الاجتهاد المالكي حيث قال بعض فقهاء المالكية –كما ورد في تهذيب الفروق: وأما نحو الإجارة والهبة يجوز اجتماعه مع البيع كما يجوز اجتماع أحدهما – أي الإجارة مع الآخر- أي الهبة في عقد واحد- لعدم التنافي فهذا وجه الفرق [٢٦].

فهذا الذي ذكره صاحب الفروق من جواز اجتماع الإجارة (وهي معاوضة) مع الهبة وهي تبرع هو نظير اجتماع الإجارة مع الوكالة. ويعلل وجه الجواز في الجمع بين الإجارة والوكالة بما يلي: إن المقصود من الوكالة هو المعاوضة، وإن كانت في الأصل مبنية على التبرع لكن لما ألحقت واجتمعت مع الإجارة في عقد النشر كان المقصود الرئيس منها المعاوضة، وكان التبرع صفة استثنائية، فخرجت الوكالة بذلك عن حقيقتها أي التبرع فصح بناءً على ذلك اجتماعها مع الإجارة (المعاوضة) فزال بذلك المانع واللبس، ولم يعد في اجتماع هذين العقدين في عقد النشر أي مانع [٢٧].

المراجع والمصادر:

١. د وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر ١٢٦/٣.
٢. د.فتحي الدريني،الفقه الإسلامي المقارن مع المذاهب، /٣٧٣.
٣. د. ناصر الغامدي، حماية الملكية الفكرية في الفقه الإسلامي، / ١٧.
٤. د. محمد مصطفى أبوه الشنقيطي، دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، ٧٣٩/٢.
٥. د. بكر أبو زيد، حق التأليف تاريخاً وحكماً، ١٥٣/٢.
٦. د. علي محي الدين القره داغي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، /٣٩٩.
٧. معجم مقاييس اللغة ٤٣٠/٥. القاموس المحيط ٦٢٠/١. العين للفراهيدي ٦/ ٢٥١.
٨. المعجم الوسيط ٢/ ٩٢١
٩. المعجم الوسيط ٩٢١/٢.
١٠. التعسف في استعمال حق النشر، د. عبدالله مبروك النجار،دار النهضة العربية-القاهرة، ط١، ١٤١٦ه،ص/٦٤.
١١. د. بكر أبو زيد،فقه النوازل –بحث بعنوان: (حق النشر والتوزيع)،٢/ ١٨٤.
١٢. العين الفراهيدي، ٢/ ٢٠٧. تهذيب اللغة ٣/ ٦٤.
١٣. المعجم الوسيط ٢/ ١٠٢٨.
١٤. د. بكر أبو زيد،فقه النوازل –بحث بعنوان: (حق النشر والتوزيع)، ٢/ ١٨٤.
١٥. حقوق الاختراع والتأليف /٢٧٨.
١٦. د. محمد مصطفى أبوه الشنقيطي، دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة،٧٥٦/٢.
١٧. د. محمد مصطفى أبوه الشنقيطي، دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة،٧٤٢/٢.
١٨. حسين معلوي الشهراني،حقوق الاختراع والتأليف، ص/٢٨٣.
١٩. البحر الرائق ١٢٧/٦، حاشية الدسوقي ٦٠/٤، الحاوي للماوردي ٣٣٣/٥، شرح منتهى الارادات ٤٢/٢.
٢٠. البحر الرائق ٢٩٧/٧، أسنى المطالب في شرح روضة الطالب ٤٠٣/٢.
٢١. د علي عسيري،حقوق الملكية الفكرية، ص١٩٥.
٢٢. د. محمد سعيد رمضان البوطي – بحث بعنوان: [الحقوق المعنوية (حق الإبداع العلمي وحق الاسم التجاري طبيعتها وحكم شرائها)]،مجلة مجمع الفقه الإسلامي،١٠٤٣٩/٢.
٢٣. د. عبدالله العمراني، العقود المالية المركبة،ص /٤٦.
٢٤. د. عبدالله العمراني، العقود المالية المركبة،ص/٤٦.
٢٥. د. عبدالله العمراني، العقود المالية المركبة، ص/٥٤- ٥٥.
٢٦. د. عبدالله العمراني، العقود المالية المركبة، ص/٥٦.
٢٧. د. عبدالله العمراني، العقود المالية المركبة، /١٨٦.
٢٨. ابن تيمية،القواعد النورانية الفقهية، ص/١٤٢.
٢٩. تهذيب الفروق ٢٦٢/٣.
٣٠. د. عبدالله العمراني، العقود المالية المركبة،ص /١٨٨.

الفضالة في وسائل استغلال واستثمار المنتجات الفكرية بين الموروث الديني والتطبيق الاقتصادي المعاصر

صور وحالات الفضالة في وسائل استغلال واستثمار المنتجات الفكرية

الحلقة (٢)

حسام علي عبد الله
ماجستير في الفقه الإسلامي وأصوله

يمكن القول من خلال تتبع الرابطة التعاقدية بين المؤلف والناشر أن الفضالة تصرف متفرع ونابع عن تلك الحالة التعاقدية،فالمؤلف والناشر كما كانوا أركان عقد النشر فهم هنا كذلك أساس قيام ونشوء التصرف الفضولي الذي هو في الأصل خروج عن قواعد الاتفاق في عقد النشر. وبالنظر إلى هذا فإنه يمكن للباحث أن يذكر توصيفاً أكثر من تصرف فضولي يقوم به الناشر أو المؤلف، لكن روماً للاختصار سيقتصر الباحث على ذكر صورة واحدة يراها الأجدر بالدراسة من غيرها لأنها أكثر صور الفضالة وقوعاً في مجال النشر ولكونها أكثر الصور وضوحاً من حيث عناصر وشروط وأركان الفضالة فيها، وهي الصورة التالية:

- الفضالة في مواجهة المؤلف(صاحب الحق الأدبي): في حال تخلي المؤلف عن حق النشر ورفع يده عن الحق الأدبي جزئياً أي لمدة محدودة.

الصورة التعاقدية بين المؤلف والناشر: وهي صورة فضولية متفرعة عن الصورة التعاقديةالسابقة بين المؤلف والناشر إذ يقوم المؤلف بتقديم مصنفه الذي بذل في تأليفه وابتكاره جهداً فكرياً وذهنياًمضنياً إلى الناشر (الموزع بنفس الوقت) ليقوم بطبعه ونشره وتوزيعه بالوسائل المناسبة. وذلك بأن (يرفع المؤلف يده جزئياً عن الحق الأدبي) ببيع حقوق نشر هذا المصنف للناشر مؤقتاً (لمدة زمنية محددة كسنة مثلاً أولطبعة واحدة محددة عدد النسخ بألف نسخة مثلاًأو بكليهما). وذلك مقابل عوض مادي معلوم ومحدد يقدمه الناشر للمؤلف وفق الشرط الذي اتفقا عليه بموجب عقد النشر. وهذا العوض المالي هو نسبة مئوية من ثمن كل نسخة تباع من هذا المصنف بعد طباعته على أن يُسدَّد الناشر للمؤلف حصته على رأس سنة من طباعة وتوزيع المصنف.

الصورة الفضولية المتفرعة عن الصورة التعاقدية السابقة: انطلاقاً من هذه الصورة التعاقدية فقد يرتئي الناشر بعد بيع النسخ المتفق عليها بموجب عقد النشر أن هذا المصنف لاقى رواجاً كبيراً لما يحققه من نفع فكري لعموم الأمة، ومن باب الاجتهاد والتبرع وفعل الخير والحرص على تحصيل منفعة المؤلف (صاحب الحق الأدبي) أولاً وعموم القارئين المنتفعين ثانياً رأى الناشر أن يزيد على عدد النسخ المتفق عليها في عقد النشر ب (٥٠٠ نسخة أخرى) خارج المتفق عليه في عقد النشر. على أن ينقد أجور طباعتها من جيبه ثم يبيعها في السوق ويحصِّل بذلك نفعاً وربحاً للمؤلف من مبيعات تلك النسخ الزائدة.

وبعبارة أخرى فإن الناشر (المستأجر لحقوق النشر لمدة محددة) تصرف فضولياً في حق المؤجر(المؤلف) إجارةً فضولية بقصد تثميرهذا الحق وتحصيل الربح لأجل المتصرف له فقام طباعته ٥٠٠ نسخة زائدة، ونقد أجرة طباعتها من جيبه،وذلك من باب التبرع وفعل الخير والإحسان، ثم يبيع هذه النسخ في السوق، بدون إذن المؤلف لعلمه بأن المؤلف يأذن دلالة بالتصرف النافع الذي يحقق له الربح والكسب الزائدين، ولا يعارض مثل هذا التصرف النافع الذي يجلب له الربح.

التكييف الفقهي لهذه الصورة: تكيف هذه الحالة من التصرف على أنها عقدين: إجارة فضولي وبيع فضولي.

- عقد الإجارة الفضولي: إذ يقوم الناشر الفضولي بالتصرف في محل الإجارة- حق النشر- بدون إذن المؤجر (المؤلف) متبرعاً بهدف تحقيق ربح ومكسب مادي له من خلال طبع (٥٠٠ نسخة زائدة).فهذا تصرف فضولي موقوف على إجازة المؤلف (المؤجر). فإذا أجاز المؤلف (المؤجر) تصرفه هذا بموجب إجازة لاحقة فإن الناشر يصبح وكيلاً له بطبع تلك النسخ وترجع إليه حقوق التعاقد (الوكالة)، وإذا لم يجز المؤجر (المؤلف) هذا التصرف بطل وأصبح لاغياً.
- عقد البيع الفضولي:ويأتي في مرحلة لاحقة لعقد الإجارة الفضولي، إذ يقوم الناشر الفضولي ببيع تلك النسخ الزائدة فضولياً دون إذن صاحب الحق الأدبي (المؤلف) للمشترين (الطرف الآخر) وهم القراء المنتفعون بالجهد الذهني والفكري المقدر في هذا المصنف. فالشيء اللافت أن الناشر تصرف فضولياً في عقدين (إجارة وبيع)، أي كان طرفاً في هذين العقدين.

وبالتالي: يمكن للباحث أن يختصر عناصر هذه العقود الفضولية بالتالي:

عقد الإجارة فضولي:الفضولي: هو الناشر (المستأجر)- عقد البيع فضولي: البائع الفضولي: هو الناشر (الموزع)
صاحب الحق: هو المؤجر(المؤلف). صاحب الحق: هو المؤلف(المالك لحق النشر)
محل التصرف الفضولي: حق النشر-محل التصرف الفضولي: حق النشر
وبالنظر إلى التشابه الكبير بين عناصر وشروط وأركان الفضالة في مختلف العقود سيكتفي الباحث بدراسة احد هذين العقدين وهو (عقد الإجارة الفضولي روماً للإختصار).

عناصر الفضالة ومدى تحققها في عقد الإجارة الفضولي

أولاً: أركان الفضالة ومدى تحققها في عقد الإجارة الفضولي.
لهذا التصرف الفضولي أركان عدة سيحاول الباحث التثبت من مدى تحققها في هذا التصرف وذلك وفق التالي:

- المجيز (المؤلف):وهو الذي يملك التصرف بحقه (حق النشر) أصالةً كما يملك إنابة غيره في هذا التصرف، بالإضافة إلى أن حق النشر من الحقوق المستحدثة التي تقبل النيابة وهذا شرط مهم في محل العقد لا يمكن أن تتحقق الفضالة بدونه وهو قابليته محل التصرف للنيابة والوكالة. وتأتي أهمية هذا الطرف من دورهالمهم في صدور الإجازة إذ بدون إجازته يكون التصرف الفضولي موقوفاً.
- الفضولي (المستأجر): وهو الناشر الذي تولى التصرف الفضولي الموقوف في حق المؤلفبالتثمير وتحصيل الربح بلا إذنٍ من المؤلف (المالك للحق الأدبي).

وهذان الطرفان (المستأجر الفضولي (الناشر) والمؤجر (صاحب الحق المؤلف))هما عماد التصرف الفضولي في هذه الصورة. فقد جاء في الهداية من كتب الحنفية بهذا الخصوص: (وله الإجازة – أي المؤلف – إذا كان المعقود عليه باقياً والمتعاقدان بما لهما، لأن الإجازة تصرف بالعقد، فلا بدَّ من قيامه، وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه)[1].

- الطرف الآخر(المشتري للنسخ المطبوعة فضولياً):وهم المنتفعون من الجهد الذهني المبتكر المقدرة في هذا المصنف.
- محل التصرف الفضولي(محل العقد):حق النشر المتمثل بالنسخ الزائدة على القدر المتفق عليه.
- الصيغة: وهي ما يعبر به الفضولي عن تصرفه تجاه الطرف الآخر (المؤلف)، وهو هنا صيغة فعلية تتمثل بطباعة(٥٠٠) نسخة زائدة على القدر المتفق عليه.

ثانياً:شروط الفضالة ومدى تحققها في عقد الإجارة الفضولي.
إن شروط التصرف الفضولي نوعان: شروط تتعلق بالفضولي (الناشر)، وشروط تتعلق بالمالك (المؤلف)، وفيما يلي سيحاول الباحث الوقوف على مدى تحقق هذه الشروط بنوعيها في عقد الإجارة الفضولي وذلك وفق التالي:

١. شروط الفضالة التي تتعلق بالفضولي (الناشر): وهي ثلاثة (أهلية التصرف ، العقل ، البلوغ):

وبما إنَّ تصرف الناشر (الفضولي) في حق المؤلف هو تصرف صادر من أهله وهو العاقلُ البالغُ مضافاً إلى محله (حق النشر) وهو محل عقد الإجازة. فبالتالي كل شروط الفضالة المتعلقة بالفضولي (الناشر) متحققة في هذا العقد.

٢. شروط الفضالة التي تتعلق بالمالك (المؤلف): وهي ثلاثة شروط سيحاول الباحث التثبت من مدى تحققها في عقد الإجارة الفضولي:

- ملكية المجيز (المؤلف) لمحل العقد (حق النشر).
- العقل.
- انعدام إذن المالك.

- **أما الشرط الأول:** فإن المجيز (المؤلف) يملك حق النشر(محل التعاقد) بنفسه أصالةً وله حرية التصرف فيه، كما يملك إنابة غيره بالتصرف في هذا الحق. وكفى برهاناً على تَمَلُّك المؤلف لحق النشر اختصاص المؤلف بنسبة المصنف إليه، وهذه النسبة لا تقبل التنازل أو الإسقاط، ويلحقه من جراء نسبة المصنف إليه السمعة الأدبية وما يتبعها. واختصاص المالك بعين الملك يثبت له القدرة الشرعية والحسية على التصرف كما قرر الفقهاء، فإذا تحقق في المؤلِّف هذا الشرط تحققت قدرته على إنفاذ التصرف الفضولي الموقوف.
- **أما الشرط الثاني:** وهو العقل فهو متحقق غاية التحقُّق في المؤلف، فلولا توافر أقصى درجات الملكة العقلية لما صدر كل هذا القدر من الإبداع الفكري والجهد الذهني المبتكر، بالإضافة إلى أن العاقل – المجيز – يأذن بالتصرف النافعالذي يحقق له مزيداً من الربح والكسب.
- **أما الشرط الثالث:** وهوانعدام إذن المالك وهو من أهم الشروط الواضحة التحقق في تصرف الناشر الفضولي(المستأجر)فهو لم يستأذن المؤلف مسبقاً في طباعة النسخ الزائدة، ولو كان إذن المؤلف موجوداً مسبقاً (لما سيقع) كما يقول الفقهاء لكنا أمام حالة وكالة وليس حالة فضالة. وهذا الشرط مهم ليوصف تصرف الناشر بأنه تصرف فضولي.

جاء في البحر الرائق: ولابدَّ أن يقول بغير إذنه- أي المؤلف في هذه الصورة -ليكون فضولياً [٢] .

ثالثاً:نوع الحق الذي جرى التصرف فيه فضولياً من قبل الناشر.

إن حق النشر الذي يملكه المؤلف إذا ما نظرنا إليه من ناحية أنه ملك واختصاص يختص به شخصٌ بعينه فهو أدعى إلى القول أن هذا الحق يندرج تحت حقوق العباد.وقد تقدم القول أنَّ حقوق العباد محلٌ للتصرفات الفضولية في الجملة، لا بل إن هذا هو الأصل في ذلك.لكن يبقى القول أن اعتبار حق النشر من حقوق العباد الخاصة يظل محل اعتراض وإشكال ولا يسلم من النقد، وبيان ذلك كما يلي:

- المآخذ والاعتراضات:

قد يؤخذ على الكلام السابق أن حق النشر وإن كان حقاً للعبد (المؤلف) لكن شائبة حق انتفاع الأمة (حق الله) قائمة بهذا المصنف وما فيه من علوم نافعة ومعارف. وهذا يعني أنه ثمة حق آخر يشاطر حق العبد وينازعه الصفة. وبالتالي فلم يبقَ حق النشر ملكاً محضاً للمؤلف وبالتالي لم يعد هذا الحق محلاً للتصرف الفضولي من قبل الناشر أصلاً.

ويجاب عنه: على الرغم من وجاهة هذا الاعتراض إلا أنه قد تقرر للباحث أن حقوق الله وحقوق العباد إذا اجتمعت وكان الغالب فيها حقوق العباد وكما هو الحال في حق النشر فإن هذا الحق يبقى محلاً للتصرف الفضولي بهذا الاعتبار. وتقوى قابلية المحل للتصرف الفضولي أكثر إذا كان يقبل النيابة والتوكيل وهو كذلك هنا فانتهت الشبهة وزال الشك.

رابعاً:نوع الإذن ودلالته في تصرف الناشر الفضولي.

يشتمل عقد الإجارة الفضولي على نوعين رئيسيين من الإذن هما:

أ-إذن المالك:وهو منعدم في عقد الإجارة الفضولي الذي قام بموجبه الناشر الفضولي بطباعة ٥٠٠ نسخة زائدة على القدر المتفق عليه، وبالنظر إلى انتماء هذا الإذن إلى رتب وتقسيمات الإذن عند الفقهاء فهو من قبيل الإذن باعتبار مصدره، وهو أحد التقسيمات الرئيسية للإذن. لكن ماذا لو صدر الإذن اللاحق من المؤلف بقبول وإجازة طباعة وبيع تلك النسخ فهل تبقى تسميتة إذن مناسبة لهذا الرضا الصادر من المؤلف؟. الجواب: إن هذا الإذن اللاحق(لما وقع) هو في الحقيقة إجازة ورضى وإن كان في الظاهر إذناً كما يعبر به أحياناً بعض الفقهاء، ومن أهم آثاره أنه يجعل الناشر وكيلاً في هذه الجزئية.وقد أشار بعض الفقهاء المعاصرين إلى أن المؤلف لما حدد عدد النسخ بالاتفاق مع الناشر فإن هذا آلية العمل من آليات الإذن السابق تفيد التوكيل في طباعة ما هو متفق عليه بموجب عقد النشر،وهي تخول الناشر تحديد أثمان النسخ والاستفادة من أثمانها في عقد النشر[٣] . وبالتالي كل مخالفة لهذا الإذن (إذن المالك) فهذا يعني أننا أمام حالة من الفضالة الموقوفة في النسخ الزائدة تحتاج إلى إذن جديد لاحق (يطلق عليه اسم إجازة) حتى ينفذ تصرف الناشر فيها.

ب- الإذن دلالةً: وهو أحد أنواع الإذن باعتبار دلالته، وهو متوافر في تصرف الناشر الفضولي هنا، إذ أن الناشر لولا أنه يلمس إذن المؤلف دلالةً ويتوقع رضى لاحقاً بتصرفه هذا الذي يدر على المالك ربحاً وكسباً زائداً من بيع النسخ الزائدة لما أقدم على تصرفه هذا.

خامساً:إجازة المؤلف لتصرف الناشر الفضولي.

الكلام في هذه الجزئية سيدور حول ثلاثة أمور هي على التالي:

١. مدى تحقق شروط الإجازة في تصرف الناشر الفضولي.
٢. صيغة الإجازة التي صدرت من المؤلف.
٣. أثر هذه الإجازة هل له صفة الإنشاء أم صفة الإظهار؟ ودلالة ذلك.

- مدى تحقق شروط الإجازة في تصرف الناشر الفضولي.

يلحظ في تصرف الناشر الفضولي في عقد الإجارة توافر ثلاثة عناصر هي:المؤلف (المؤجر)، والفضولي (الناشر)، والمشتري منه (القارئ المنتفع) فهذه الأطراف الثلاثة إذا توافرت وكانت على قيد الحياة عند صدور الإجازة فهذا يعني أن أهم شروط صحة الإجازة لهذا التصرف الفضولي قد تحقق.

فأما بقاء الناشر الفضولي حيًّاً: فهذا ضروري حتى تلزمه حقوق العقد (الوكالة) بعد إجازة المؤلف لتصرفه ولا تلزمه حقوق الوكالة إذا كان ميتاً [٤].

وأما اشتراط حياة المشتري من الفضولي: أي القارئ فهو من أجل ظهور أثر الإجازة في حقه فيطالب الفضولي الناشر بما أوجبته له الإجازة من تسليم المبيع (النسخ الزائدة).

أما اشتراط حياة المؤلف (المجيز): إذ لو كان ميتاً لم يصح صدور الإجازة من ورثته ولا ينفذ التصرف الفضولي بإجازة الورثة، إذ لا يقوم الورثة مقام المؤلف في إصدار الإجازة [٥] .

أما الشرط الثاني من شروط صحة الإجازة وهو بقاء محل التصرف الفضولي قائماً: فهو متحقق إذ أن محل التصرف الفضولي (حق النشر) أو الشكل المادي المعبر عن هذا الحق والمتمثل بالنسخ الزائدة من الكتاب المطبوع لا تزال قائمة لم تستهلك. أما الشرط الثالث وهو قيام الثمن فهو كذلك متحقق في هذه الصورة ويد الناشر الفضولي عليه يد أمانة إذا هلك في يده لا يضمنه كما قرر الفقهاء [٦] .

- صيغة الإجازة التي صدرت من المؤلف:

إن الإجازة التي يصدرها المؤلف(المؤجر) لإنفاذ تصرف الناشر الفضولي لابد أن تكون وفق صيغة معينة تدل على الرضى، وبالنظر إلى أنواع صيغ الإجازة التي تختص بمثل هذه التصرفات فإن إجازة المؤلف لا تخرج عنأحد صيغتين هما:

أ- الإجازة الصريحة: كأن يقول المؤجر أجزت تصرفك، أو رضيت به أو أذنت لك بطباعة وبيع النسخ الزائدة، وهي ألفاظ تدل على الرضى الصريح، ولا تحتمل الشك.

ب- الإجازة الضمنية: كأن يستلم المؤلف حصته من ثمن النسخ الزائدة المطبوعة والمباعة فضولياً، وبالتالي فأخذه للثمن هو إجازة ضمنية (فعلية) تدل على الرضا اللاحق بما صنع الناشر.

جاء في البحر الرائق: (الإجازة لبيع الفضولي تكون بالفعل وبالقول، فمن الأول – أي البيع – تسليم المبيع وكذا أخذ الثمن) [٧]

- أثر إجازة المؤلف هل له صفة الإنشاء أم صفة الإظهار في إجارة الفضولي؟

إن أثر إجازة المالك لتصرف الفضولي عادةً يكون له أحد صفتين إما صفة الإنشاء أي بأثر رجعي أو صفة الإظهار أي يعتبر التصرف نافذاً من لحظة صدور الإجازة. وبناءً عليه: فإن أثر إجازة المؤلف (المؤجر) لتصرف الناشر الفضولي بطباعة النسخ الزائدة هو من قبيل صفة الإنشاء إذ يكون له أثر رجعي بحيث يصبح الناشر وكيلاً عن المؤلف في طباعة النسخ الزائدة منذ اللحظة الأولى التي شرع الناشر فيها بطباعة تلك النسخ،وإنفاذ تصرف الناشر بحيث ترجع إليه حقوق العقد منذ تلك اللحظة.

المآخذ والحلول المقترحة

من المآخذ التي يمكن أخذها على حالة الفضالة في عقد الإجارة أنَّ الناشر عندما طبع النسخ الزائدة (٥٠٠نسخة)كان قد نقد أجر طباعتها من جيبه، وهو بهذه الصفة متبرع وبالتالي فليس له أن يطالب المؤلف بأجور طباعة نسخ لم يأذن المؤلف بطباعتها،وليس له الرجوع على المؤلف بما أنفقه من أجور طباعة.لكن ومن خلال تتبع ما يحصل اليوم على أرض الواقع في مجال النشر والتوزيع فإن الناشر يسترد ما أنفقه تبرعاً من أجور الطباعة من ثمن بيع تلك النسخ للمشترين القراء (المنتفعين بالكتاب) لا بل يسترد أرباحاً فوق ما أنفقه من أجور الطباعة السابقة.

وبناءً عليه فالسؤال المهم: كيف يتبرع الناشر بأجور طباعته النسخ الزائدة فضولياً، ثمَّ يستردها ويسترد فوقها أرباحاً أخرى.

الجواب:وبما أن مثل هذه الحالات يبحث لها عن حلول وتخريجات أولاً بالنظر في الأشباه والنظائر الفقهية فبناءً عليه يمكن تكييف وتوصيف ما يرجع به الناشر على المؤلف من أجور و (عائدات) أرباح أخرى هو أحد تكييفين:

١. إما وكالة بأجر: وهو أجرٌ يتقاضاه الناشر لقاء أعمال الوكالة على اعتبار أنه أصبح وكيلاً بموجب الإجازة اللاحقة من المؤلف. ولا مانع عند الفقهاء أن يأخذ الوكيل أجراً على عمله وإن كان الأصل أن تكون الوكالة عقد تبرع.إلا أن بعض الفقهاء أجاز أخذ الأجر على الوكالة [٨].
٢. أو أجرة الفضولي: وهذا التكييف مبني على اجتهادات ابن القيم الجوزية. إذ يرى أنه وإن كان الأصل في الفضالة التبرع لكن لا مانع من أن يأخذ الفضولي أجراً أو يرجع على المالك بما أنفق.

- لكن قد يرد على التخريج الأول (الوكالة بأجر) مأخذ: وهو هل يصح أن تكون الأجرة في الوكالة حصةً شائعةً غير محدودة القدر؟

الجواب نعم: يجوز أن تكون الأجرة حصة شائعة وهي تتمثل هنا في هذا عقد الإجارة الفضولي بنسبة مئوية متفق عليها من ثمن النسخ لزائدة المباعة.

وقد جاء في مجلة الأحكام العدلية ما يؤيد ذلك في:المادة / ١٢٠٢ /: يصح التوكيل بلا جعل ويجعل معلوم أياماً معلومةً ولو بجزء شائع من الثمن أو الأجرة مثلاً لو وكله في بيع أمواله أو تأجير أملاكه أو قبض حقوقه على أن يكون له عشرة في كل مئة من الحاصل صح واستحق الوكيل ذلك [٩].

- **كما يرد على التخريج الثاني (أجرة الفضولي) اعتراض مفاده:** أن الفضولي إذا أخذ أجراً على عمله فهو ملزم بمواصلة العمل الذي شرع فيه لمصلحة غير حتى إنهائه أو إنهاؤه على الوجه المطلوب، إذ لو تخلى الفضولي عن عمله في منتصفه لأضر بالمالك أكثر، وبالتالي فأخذ الأجر من قبل الفضولي يتناقض مع فكرة التبرع التي ينبني عليها التصرف الفضولي، كما أنه بأخذه للأجر يتحول عمله إلى التزام وعقد إجارة بينه وبين المالك، ولم يعد بمقدوره الانسحاب من هذا العمل الجائز أصلاً المبني على التبرع.

وحل هذا الاعتراض حسب رأي الباحث:

هو العودة إلى فكرة التبرع التي نشأ منها فعل الناشر الفضولي وحثِّه على توضيح تصرفه لمصلحة المؤلف. فإن تصرف بالفضالة لمصلحة المؤلف ابتغاء الأجر والثواب وتحصيل المنفعة له فعليه ألا يشوب هذه النية وهذا العمل بالأجر الذي يتناقض مع فكرة التبرع.

أو: ليكن واضحاً بأن يحرص على استصدار إجازة لاحقة من المؤلف يصبح موجبها وكيلاً بأجر وعندها تزول الاعتراضات الواردة على هذا التصرف.

المراجع والمصادر:

١. المرغيناني،الهداية مع شرح فتح القدير، ٧/ ٥٤.
٢. ابن نجيم، البحر الرائق، ٢٢١/٦.
٣. د. محمد مصطفى أبوه الشنقيطي، دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، ٧٤٢/٢.
٤. الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير، ٧ / ٥٤-٥٥/
٥. الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير، ٧ / ٥٦/.
٦. ابن نجيم، البحر الرائق، ١٦٠/٦.
٧. البحر الرائق، ٣٧٩/٦.
٨. قال النووي رحمه الله تعالى (الوكالة تجوز بجعل – أجر- وبغير جعل). المجموع١٦٨/١٤.
٩. علي حيدر، شرح مجلة الأحكام العدلية، ٤٦٢/١.